

ZH_OBERGERICHT LF170004 vom 13. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF170004

FR: ZH_OBERGERICHT LF170004 du 13 avril 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LF170004 del 13 aprile 2017

Erwägungen

E. 1

Mit einer Berufung können a) die unrichtige Rechtsanwendung und b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche gerügten Mängel frei und unbeschränkt prüfen. Vorausgesetzt ist, dass sich die Berufung führende Partei mit den Entscheidungsgründen, d.h. mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides im Einzelnen auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; ZR 110 [2011] Nr. 80). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (vgl. BGE 138 III 374 E. 2 = Pra 102 [2013] Nr. 4; OGer ZH, LB110049 vom 5. März 2012, E. II.1.1. und E. II.1.2.). Fehlt eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2.). Soweit eine genügende Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

E. 2

Aufl. 2016, Art. 317 N 7, ZK ZPO-REETZ/HILBER, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 49). Von vornherein ungenügend ist hierzu der Hinweis, die Gegenpartei habe anlässlich der Hauptverhandlung unerwartete Einwendungen gemacht, auf welche sie (die Gesuchstellerin) nicht umgehend substantiiert habe antworten und entsprechende Beweismittel habe beibringen können. Die Gesuchstellerin übersieht nämlich zunächst, dass der gesuchstellenden Partei auch im summarischen Verfahren im Rahmen des allgemeinen Replikrechts das Recht zusteht, zu neuen Vorbringen der Gegenpartei Stellung nehmen, wobei der Gesuchstellerin dieses Recht anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung gewährt und von ihr auch ausgeübt wurde (vgl. Prot. VI. S. 4 ff.). Weshalb es ihr dennoch nicht möglich war, anlässlich dieser mündlichen Stellungnahme zu den von der Gegenseite vorgebrachten Noven in genügender Weise Stellung zu nehmen, legt die Gesuchstellerin eben so wenig dar, wie sie begründet, auf welche Vorbringen der Gegenpartei sich ihre Einwendung genau bezieht. Weiter lässt die Gesuchstellerin bereits grundsätzlich ausser Acht, dass im summarischen Verfahren die Angriffs- und Verteidigungsmittel von vornherein nur im Gesuch, bzw. der Stellungnahme dazu, vorgebracht werden können, da die Novenschranke im summarischen Verfahren bereits nach den ersten Vorträgen fällt (OGer ZH, LF160079-O vom 13. Februar 2017, E. II.5

- 9 - m.w.H.; vgl. auch etwa ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N 17; ZK ZPO-KLINGLER, a.a.O., Art. 252 N 33; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, a.a.O., Art. 257 N 18 ff.; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 229 N 27; MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich

2014, S. 125 ff.). Soweit die Gesuchstellerin deshalb im Berufungsverfahren neue Vorbringen zur Begründung ihres Gesuchs um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nachschieben will, ist sie darauf hinzuweisen, dass dies auch bereits im Rahmen der vorinstanzlichen Stellungnahme zur Gesuchsantwort der Gegenseite nur noch bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO möglich gewesen wäre, es also der Gesuchstellerin trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, diese Tatsachenbehauptungen und/oder Beweismittel bereits mit der Gesuchstellung in den Prozess einzuführen.

E. 2.1

Die Gesuchstellerin hat zur Pfandberechtigung der von ihr geltend gemachten Forderung vorinstanzlich zusammengefasst ausgeführt, sie habe auf dem Grundstück des Gesuchsgegners für den Bau eines Wohn-Wintergartens Montagetarbeiten erbracht und Material geliefert (act. 1 S. 3, Rz. 2; vgl. auch act. 22 S. 4 f., E. II.3). Der Gesuchsgegner hat sich demgegenüber im Wesentlichen auf

- 12 - den Standpunkt gestellt, es sei nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin irgendwelche Arbeiten ausgeführt oder Material geliefert habe (act. 13 S. 17, Rz.10; vgl. auch act. 22 S. 5 ff., E. II.4). Die Vorinstanz hat schliesslich den von der Gesuchstellerin geltend gemachten Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verneint, weil die Gesuchstellerin nicht glaubhaft habe dartun können, dass sie Arbeitsleistungen auf dem Grundstück des Gesuchsgegners erbracht habe. Für Materiallieferungen alleine bestehe sodann kein Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht, wobei überdies auch nicht glaubhaft sei, dass sie diese Materiallieferungen auch tatsächlich bezahlt habe. Insgesamt sei der Bestand eines Pfandrechts damit höchst unwahrscheinlich (act. 22 S. 11 f., E. II. 6).

E. 2.2

Die Gesuchstellerin rügt sowohl eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (vgl. act. 23 S. 9 ff., Rz. 3.1 ff.) als auch eine unrichtige Rechtsanwendung (act. 23 S. 14 f., Rz. 4.1 ff.) durch die Vorinstanz und macht geltend, entgegen der Vorinstanz könne der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht als höchst unwahrscheinlich qualifiziert werden; vielmehr sei entgegen der Vorinstanz glaubhaft, dass sie für eine Baute auf dem Grundstück des Gesuchsgegners Material und Arbeit geliefert habe, indem sie mit eigenem Personal (dazu nachfolgend Ziff. III.3) und mit dem für sie hergestellten Material (dazu nachfolgend Ziff. III.4) im Auftrag einen Wintergarten erstellt habe (act. 23 S. 9, Rz. 3.1; S. 14, Rz. 3.9).

E. 2.3

Mit dem Vorbringen, wonach die Erwägungen der Vorinstanz nicht hätten vorausgesehen werden können, rügt die Gesuchstellerin sodann sinngemäss eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, welches insbesondere auch das Recht der Parteien auf Anhörung und Äusserung vor dem Entscheid beinhaltet. In der Regel bedeutet dies zwar nicht, dass die Parteien zur rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes oder zu Rechtsfragen im Allgemeinen anzuhören sind, da das Gericht das Recht von Amtes wegen (vgl. Art. 57 ZPO) und deshalb auch dann korrekt anzuwenden hat, wenn die beteiligten Parteien anderer (Rechts-)Auffassung sind. Gedenkt das Gericht aber den Entscheid auf rechtliche Begründungen abzustützen, die weder im vorangehenden Verfahren erwähnt, noch von einer der Parteien geltend gemacht wurden und die für die Parteien nicht vorhersehbar waren, sind diese darauf hinzuweisen (BGE 130 III 35 E. 5; BGer 4A_35/2013 vom 15.

März 2013 E. 4; BGer 4A_165/2008 vom 11. November 2008, E. 7.1). Grundsätzlich wäre die Heilung einer im vorinstanzlichen Verfahren erfolgten Gehörsverletzung im Berufungsverfahren möglich, da die Berufungsinstanz sowohl in Tat- als auch in Rechtsfragen über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt, und den Parteien überdies die gleichen Mitwirkungsrechte wie im vorinstanzlichen Verfahren zukommen (SUTTER-SOMM/CHEVALIER, a.a.O., Art. 53 N 27 f.). Liegt eine entsprechende Gehörsverletzung vor, käme der betroffenen

- 10 - Partei im Berufungsverfahren das Recht zu, sich zu den für sie unerwarteten Erwägungen der Vorinstanz zu äussern und dazu neue Beweismittel einzureichen, was meist bereits im Rahmen der Berufungsschrift passiert. Inwieweit die Gesuchstellerin die vorinstanzliche Begründung jedoch im konkreten Fall nicht hat voraussehen können und deshalb ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde, wird von der Gesuchstellerin nicht dargelegt. Vielmehr macht sie lediglich pauschal geltend, die Erwägungen der Vorinstanz hätten nicht vorausgesehen werden können. Auch begründet sie nicht, in welchen Punkten die Vorinstanz ihrer Ansicht nach von der richterlichen Fragepflicht hätte Gebrauch machen sollen. Da die Vorinstanz bei der Abweisung des Gesuchs der Gesuchstellerin im Wesentlichen der Argumentation des Gesuchsgegners (vgl. act. 13; Prot. Vi. S. 6 ff.) gefolgt ist, ist eine sich aus der Vorhersehbarkeit der Begründung der Vorinstanz ergebende Verletzung des rechtlichen Gehörs der Gesuchstellerin auch nicht offensichtlich. Sodann verkennt die Gesuchstellerin, dass ihr selbst bei Bejahung einer entsprechenden Gehörsverletzung nicht ein unbeschränktes Novenrecht zukäme, sie mithin den von ihr vorinstanzlich vorgetragenen Sachverhalt nicht beliebig "präzisieren" und unbeschränkt neue Beweismittel dazu einreichen könnte, sondern ihr das rechtliche Gehör und damit allenfalls ein Novenrecht nur in Bezug auf konkret zu bejahende Gehörsverletzungen zukäme. Ein unbeschränktes Novenrecht, wie es die Gesuchstellerin vorliegend für sich in Anspruch nehmen will, ist damit zu verneinen. Vielmehr ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen für jede neue Tatsachenbehauptung bzw. jedes neue Beweismittel der Gesuchstellerin einzeln zu prüfen, ob sie bzw. es sich als zulässig erweist.

E. 3

Leistung von Arbeit

E. 3.1

Die Vorinstanz erachtete es nicht als glaubhaft, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück des Gesuchsgegners tatsächlich pfandberechtigte Arbeiten erbracht hatte. Dies hat sie damit begründet, dass sich den von der Gesuchstellerin eingereichten Belegen, namentlich dem Vorabnahmeprotokoll vom 8. Juni 2016 sowie dem Bautagesbericht für die Tage vom 2. Juni bis 8. Juni 2016, keinerlei entsprechende Anhaltspunkte entnehmen liessen. Vielmehr seien sowohl das Vorabnahmeprotokoll als auch der Bautagesbericht auf dem Briefpapier der Firma A. _____ Deutschland ausgefertigt worden. Zudem sei der Bautagesbericht durch den Mitarbeiter "im Auftrag der Firma: HI. _____ GmbH & Co KG [A. _____ Deutschland]" unterzeichnet worden (act. 22 S. 9, E. II.5.1). An diesem Ergebnis

- 13 - vermöge auch der von der Gesuchstellerin eingereichte, zwischen ihr und der Firma A. _____ Deutschland geschlossene Subunternehmervertrag sowie die von der Gesuchstellerin an die A. _____ Deutschland gestellten Rechnungen nichts zu ändern, da diese Dokumente reine Parteibehauptung darstellen und im Gesamtkontext rein zu

Prozesszwecken hergestellt scheinen würden (act. 11 S. 10, E. II.5.1). Diese Beweiswürdigung begründete die Vorinstanz damit, dass – hätte die Gesuchstellerin tatsächlich Arbeiten auf dem Grundstück des Gesuchsgegners ausgeführt – zu erwarten gewesen wäre, dass das Abnahmeprotokoll auf ihrem eigenen Firmenpapier ausgefertigt werde, umso mehr, als sie gemäss § 4 des Subunternehmervertrages ihre Arbeitstätigkeit gegenüber der A._____ Deutschland hätte belegen müssen, um einen Anspruch auf Entschädigung zu begründen. Zudem habe die Gesuchstellerin den Auftrag gemäss § 12 des Subunternehmervertrages nicht an Dritte weitergeben dürfen, wobei unwahrscheinlich erscheine, dass die Gesuchstellerin selbst über die notwendigen Mitarbeiter, das Knowhow und die Werkzeuge verfügt habe, um die Montage des Wintergartens selbst auszuführen; so handle es sich bei der Gesuchstellerin wohl um eine Briefkastenfirma, welche nach eigenen Angaben bei der "L._____ Kt. Schwyz AG" domiziliert sei (act. 22 S. 9, E. 5.1). Schliesslich stellte die Vorinstanz fest, dass der eingereichte Subunternehmervertrag, welcher auf Seiten beider Vertragsparteien vom Ehepaar GH._____ unterzeichnet worden sei, auch deshalb nicht zu überzeugen vermöge, weil eine genügende Abgrenzung zwischen der Gesuchstellerin und der Firma A._____ Deutschland fehle. So verfüge die Gesuchstellerin zwar über eine eigene Homepage, doch bestehe diese nur aus einer Seite und verweise für den Kontakt auf die "H._____ Wintergärten - Wohnwintergärten" mit Telefon- und Faxnummer sowie Webpage der Firma A._____ Deutschland. Auch verwende die Gesuchstellerin das Logo der Firma A._____ Deutschland und fungiere auf deren Homepage als deren Kontaktadresse in der Schweiz (act. 22 S. 9 f., E. 5.1). Weiter begründete die Vorinstanz den fehlenden Beweiswert der von der Gesuchstellerin an die A._____ Deutschland gestellten Rechnungen damit, dass sich diese in keiner Weise mit den zeitlichen Abläufen vor Ort decken würden. So sei die Lieferung der Holz-Wintergarten-Konstruktion gemäss Rechnung der Ge-

- 14 - suchstellerin am 26. Mai 2016 erfolgt, nach Rechnung der Firma J._____ GmbH jedoch bereits im April 2016. Die Fensterverglasung sei gemäss Rechnung der Gesuchstellerin am 10. Juni 2016 geliefert worden, obwohl der Wintergarten gemäss Vorabnahmeprotokoll zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig erstellt gewesen sei. Zudem sei mit Rechnung der Gesuchstellerin vom 27. Juni 2016 pauschal die Wintergartenmontage inkl. Einglasen in Rechnung gestellt worden, obwohl diese gemäss Vorabnahmeprotokoll und Bautagesbericht von der A._____ Deutschland ausgeführt worden sei; auch hier sei das angebliche Lieferdatum der 27. Juni 2016. Schliesslich würden die der A._____ Deutschland von der Gesuchstellerin in CHF in Rechnung gestellten Beträge in keinem Zusammenhang mit den in EUR in Rechnung gestellten Beträgen der Firmen J._____ GmbH und K._____ s.r.o. stehen (act. 22 S. 9 f., E. II.5.1). Insgesamt – so das Zwischenfazit der Vorinstanz – sei damit nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin auf dem Grundstück des Gesuchsgegners tatsächlich Arbeiten ausgeführt habe (act. 22 S. 10, E. II.5.1).

E. 3.2

a) Dieser Würdigung der Vorinstanz hält die Gesuchstellerin zunächst entgegen, aus dem Umstand, dass sowohl das Vorabnahmeprotokoll als auch der Bautagesbericht auf den Formularen der A._____ Deutschland ausgefertigt worden seien, müsse keineswegs zwingend abgeleitet werden, die betreffenden Mitarbeiter hätten direkt für die A._____ Deutschland gearbeitet. Vielmehr spreche die Formulierung "im Auftrag" eher gegen ein Anstellungsverhältnis des "Mitarbeiters". Das Formular stehe deshalb in keinerlei

Widerspruch zu ihrer eigenen Darstellung, wonach sie bzw. zwangsläufig ihre Hilfspersonen (angestelltes oder geliehenes Personal, Subunternehmer) für die A. _____ Deutschland das fragliche Werk erstellt hätten. Sodann sei nicht ersichtlich, weshalb die Protokollierung ihrer Leistungen als Subunternehmerin nicht auf den von der A. _____ Deutschland als Generalunternehmerin vorgesehenen Formularen und in deren Auftrag erfolgen solle, zumal eine gemeinsame Auflistung der beteiligten Arbeiter ja gerade auch dann Sinn mache, wenn sie – wovon die Vorinstanz ausgehe – der Generalunternehmerin ihre Arbeiten zu belegen habe, und nicht wenn die Arbeiter ohnehin unter direkter Weisung und unter direkter Kontrolle der A. _____ Deutschland gestanden hätten (act. 23 S. 12, Rz. 3.6). Deshalb gehe es nicht an, die Arbeitsrap-

- 15 - porte beizuziehen, um die von ihr an die A. _____ Deutschland gestellten Rechnungen als fiktiv zu qualifizieren; vielmehr sei bei der Beweiswürdigung auf die von ihr an die A. _____ Deutschland gestellten Rechnungen abzustellen (act. 23 S. 12, E. 3.7). b) Wie bereits erwähnt hat die gesuchstellende Person zur Begründung ihres Anspruchs auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts glaubhaft zu machen, dass sie auf einem Grundstück der Gegenpartei zu den in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB genannten Zwecken Arbeit geleistet hat. Hierzu genügt es entgegen der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft zu machen, dass zwischen der Generalunternehmerin und der Subunternehmerin zur Vornahme solcher Arbeiten ein Subunternehmervertrag geschlossen wurde und die Subunternehmerin der Generalunternehmerin aus diesem Vertrag Rechnung gestellt hat; vielmehr ist rechtsgenügend darzulegen, dass solche Arbeiten auch tatsächlich geleistet wurden. Entgegen der Gesuchstellerin ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, dass dies vorliegend nicht der Fall sei, da aufgrund des von der Gesuchstellerin eingereichten Vorabnahmeprotokolls sowie des Bautagesberichts für die Zeit vom 2.-8. Juni 2016 keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass nicht die Generalunternehmerin selbst, sondern die Gesuchstellerin die Montagearbeiten für den Wintergarten des Gesuchgegners geleistet hat. Was die Gesuchstellerin hiergegen vorbringt, nämlich, dass es sich nicht zwingend so verhalten müsse, weil die Formulierung "im Auftrag" eher gegen ein Anstellungsverhältnis des "Mitarbeiters" spreche, überzeugt ebenso wenig, wie ihr Argument, wonach sie ihre Arbeit auf dem Briefpapier der Generalunternehmerin protokolliert habe, weil sie ihre geleistete Arbeit dieser gegenüber beweisen müssen, zumal diese Vorbringen reine Parteibehauptung bleiben und nicht aufzeigen, inwieweit der Vorinstanz eine falsche Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung vorzuwerfen wäre. Auch übergeht die Gesuchstellerin in ihrer Berufung, dass die Vorinstanz ihre Beweiswürdigung nicht nur auf die beiden vorgenannten Dokumente gestützt hat, sondern sie vielmehr im Weiteren begründet hat, weshalb die übrigen, von der Gesuchstellerin eingereichten Dokumente, namentlich der Subunternehmervertrag vom 21. Mai 2016 sowie die von der Gesuchstellerin an die A. _____

- 16 - Deutschland gestellten Rechnungen, zu keinem anderem Ergebnis führen. Die Gesuchstellerin setzt sich mit diesen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander, sondern führt lediglich ohne nähere Begründung aus, dass vorinstanzliche Argument der "fehlenden Abgrenzung" zwischen ihr und der A. _____ Deutschland sei unverständlich sowie personen- und wirtschaftsrechtlich unhaltbar (act. 23 S. 9, E. 3.2). Die Vorinstanz geht jedoch zu Recht davon aus, dass auch das Bauhandwerkerpfandrecht den allgemeinen Schranken des Privatrechts und damit dem Rechtsmissbrauchsverbot unterliege (Art. 2 Abs. 2 ZGB; vgl. etwa RAINER SCHUMACHER, Das

Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2011, Rz. 135), weshalb sie zu Recht die vom Gesuchsgegner aufgeworfene Frage der fehlenden Abgrenzung zwischen der A. _____ Deutschland und der Gesuchstellerin thematisiert hat (act. 22 S. 9 ff., E. II.5.1-2). Gestützt auf diese Erwägungen ist die Vorinstanz – wie bereits erwähnt – zum Schluss gekommen, dass der zu den Akten gereichte Subunternehmervertrag, welcher auf Seiten beider Vertragsparteien vom Ehepaar GH. _____ unterzeichnet worden ist, sowie die von der Gesuchstellerin an die A. _____ Deutschland gerichteten Rechnungen die Behauptung der Gesuchstellerin, sie habe auf der Baustelle in E. _____ eigene Arbeiten erbracht, nicht glaubhaft zu machen vermöchten (act. 22 S. 10, E. II.5.1). Da sich die Gesuchstellerin mit diesen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinandersetzt und damit insbesondere nicht aufzeigt, weshalb der Vorinstanz diesbezüglich eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes bzw. eine unrichtige Rechtsanwendung vorzuwerfen ist, ist das Vorliegen einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Begründung der Berufung insoweit zu verneinen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es sich entgegen der Gesuchstellerin (act. 23 S. 11, Rz. 3.5) eben nicht als irrelevant erweist, dass sich die von ihr gegenüber der A. _____ Deutschland gestellten Rechnungen in keiner Weise mit den tatsächlichen zeitlichen Abläufen auf der Baustelle des Gesuchsgegners decken, trägt dies doch nicht zur Erhöhung des Beweiswertes der entsprechenden Unterlagen bei. c) Schliesslich macht die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren geltend, zwei der vier auf dem Bautagesbericht für die Zeit vom 2.-8. Juni 2016 auf-

- 17 - gelisteten Arbeiter seien bei ihr angestellt (vgl. act. 23 S. 7 f., Rz. 2.9), wobei sie hierzu 23 neue Urkunden ins Recht reicht (vgl. act. 25/20-32). Ferner macht sie geltend, die Bautätigkeit, welche auf dem Grundstück des Gesuchsgegners ausgeführt worden sei, könne nicht von der A. _____ Deutschland erbracht worden sein, weil es dieser aufgrund der an ihrem Sitz geltenden Rechtsordnung als zulassungspflichtiges Handwerk nicht erlaubt sei und von ihr auch nicht ausgeübt werde. Insbesondere verfüge sie nicht über einen Betriebsleiter, der in der sogenannten Handwerksrolle eingetragen sei (act. 23 S. 7, Rz. 2.8), wobei sie in diesem Zusammenhang drei neue Urkunden ins Recht reicht und eine Zeugenbefragung als zusätzliches Beweismittel anbietet (vgl. act. 23 S. 7; act. 25/17-19). Weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, diese Tatsachenbehauptung bereits vor Vorinstanz vorzutragen, legt sie jedoch nicht dar. Auch zielt die bereits einleitend erwähnte pauschale Begründung, wonach die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Noven allgemein zulässig seien, da sie nicht mit dieser Begründung der Vorinstanz habe rechnen müssen (vgl. act. 23 S. 3, Rz.5), hier von vornherein ins Leere, obliegt ihr als gesuchstellende Partei bezüglich der Frage, ob sie auf dem Grundstück der Gegenpartei zu den in Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB genannten Zwecken Arbeit geleistet habe, doch die Glaubhaftmachungslast. Zudem handelt es sich hier nicht um eine unerwartete Begründung der Vorinstanz, hat doch bereits der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme zum Gesuch der Gesuchstellerin geltend gemacht, gemäss Vorabnahmeprotokoll und Arbeitsbestätigungen (act. 2/14-15) habe die A. _____ Deutschland und nicht die Gesuchstellerin Arbeiten geleistet und Material geliefert (vgl. act. 13 S. 14, Rz.3b). Die diesbezüglich erst im Berufungsverfahren vorgebrachte Tatsachenbehauptung der Gesuchstellerin sowie die dazu eingereichten Beweismittel erweisen sich damit als unzulässig. Weiterungen, insbesondere dazu, dass die Gesuchstellerin neu von "einer gemeinsamen Auflistung der beteiligten Arbeiter" (act. 23 S. 12, E. 3.6) spricht und sich damit offenbar auf den Standpunkt stellt, es seien neben eigenen auch Arbeiter der A. _____ Deutschland beteiligt gewesen, erübrigen sich damit. d)

Insgesamt vermag die Gesuchstellerin damit nicht darzutun, dass die Vorinstanz es zu Unrecht als nicht glaubhaft erachtete, dass die Gesuchstellerin tat-

- 18 - sächlich Arbeiten auf dem Grundstück des Gesuchsgegners ausgeführt habe, weshalb sich die Berufung insoweit als unbegründet erweist.

E. 4

Lieferung von Material

E. 4.1

Im Zusammenhang mit der Lieferung von Material ist vorab klarzustellen, dass vorinstanzlich unbestritten war, dass die beiden Subunternehmer, K._____ s.r.o. und J._____ GmbH für den Wintergarten des Gesuchsgegners individuell angefertigtes Material und damit unvertretbare Sachen geliefert haben, womit sie pfandberechtigte Arbeit und Material geleistet haben (vgl. etwa SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 295 und 301). Umstritten war demgegenüber, ob der Gesuchstellerin im Zusammenhang mit diesen Leistungen der beiden Subunternehmer ebenfalls ein Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zusteht.

E. 4.2

Die Vorinstanz hat hierzu ausgeführt, da Materiallieferungen nur zusammen mit Arbeitsleistungen an einem Grundstück Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts auslösen könnten, reiche es nicht, wenn die Gesuchstellerin Rechnungen Dritter (K._____ s.r.o. und J._____ GmbH) begleiche. Im Übrigen würden keinerlei Belege vorliegen, welche die Bezahlung der Rechnungen der beiden Subunternehmer durch die Gesuchstellerin glaubhaft machen würden; ganz im Gegenteil sei es vielmehr so, dass der Gesuchsgegner glaubhaft gemacht habe, dass er die Fensterlieferantin selbst befriedigt habe, womit in diesem Umfang – auch wenn Arbeitsleistungen erbracht worden wären – kein Rechtsanspruch auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bestehe (act. 22 S. 10 f., E. II.5.2). Ferner sei nicht ersichtlich, gestützt auf welche Grundlage die Gesuchstellerin die beiden Subunternehmer beauftragt habe, sei dies doch nicht Gegenstand des eingereichten Subunternehmervertrages. Ausserdem sei der Subunternehmervertrag zwischen der A._____ Deutschland und der Gesuchstellerin erst am 21. Mai 2016 abgeschlossen worden, doch habe die J._____ der Gesuchstellerin bereits am 31. März 2016 eine Auftragsbestätigung und am 14. April 2016 eine Rechnung zugesandt; auch die K._____ s.r.o. hätte der Gesuchstellerin bereits am 29. April und 24. Mai 2016 Rechnung gestellt. Weshalb diese Unterlagen allesamt an die Gesuchstellerin gerichtet gewesen seien, obwohl die Gesuchstellerin zu diesem Zeitpunkt augenscheinlich noch gar nichts mit

- 19 - dem Bau auf der Liegenschaft des Gesuchsgegners zu tun gehabt habe, erschliesse sich nicht bzw. sei nur mit der fehlenden Abgrenzung der Gesuchstellerin und der A._____ Deutschland erklärbar. Da die A._____ Deutschland vom Gesuchsgegner bereits bezahlt worden sei, wäre es – so das Fazit der Vorinstanz – rechtsmissbräuchlich, wenn nun die Gesuchstellerin, welche nahezu identisch sei, gleichwohl ein Pfandrecht beanspruchen könne (act. 22 S. 11, E. II.5.2).

E. 4.3

Die Gesuchstellerin hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass auch die Gegenpartei und die Vorinstanz davon ausgegangen seien, dass den beiden Subunternehmern K._____ s.r.o.

und J._____ GmbH ihr gegenüber eine Forde- rung zustehe, weil sie die beiden Subunternehmer beauftragt habe. Daraus will die Gesuchstellerin ableiten, dass die von den beiden Subunternehmern vorge- nommene Lieferung von individuell für den Bau des Gesuchsgegners hergestell- ten Bauteilen ihr selbst anzurechnen sei, da sie die beiden Subunternehmer be- auftragt habe und dementsprechend bezüglich der erstellten Baute (neben den Subunternehmern) Erbringerin dieser Leistungen sei. Damit habe sie entgegen der Vorinstanz selbst Leistungen für die Baute auf dem Grundstück des Ge- suchsgegners erbracht (act. 23 S. 10 f., Rz. 3.4). Für diese Leistungen schulde ihr die A._____ Deutschland ein Entgelt, weshalb ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass die von ihr eingereichten, gegenüber der A._____ Deutschland für die Leistungen der beiden Subunternehmer gestellten Rechnungen authentisch seien (act. 23 S. 11, Rz. 3.5).

E. 4.4

Grundsätzlich besitzt jeder Unternehmer auf jeder Stufe einer Vertragskette (Hauptunternehmer, Subunternehmer, Sub-Subunternehmer usw.) für die gemäss seinem Vertrag geschuldeten Bauleistungen eigene Vergütungsforderungen im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, weshalb jedem dieser Unternehmer ein selbständiger Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht zukommt (vgl. etwa Schumacher, a.a.O., Rz. 936). Massgebendes Kriterium für den Baupfandan- spruch jedes einzelnen Unternehmers ist die Herstellungspflicht, weshalb im ein- zeln zu prüfen ist, ob der einzelne Unternehmer vertraglich verpflichtet ist "Ma- terial und Arbeit oder Arbeit allein" zu liefern und damit im Einzelfall die Tatbe- standsvoraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB erfüllt wären (SCHUMA-

- 20 - CHER, Kein Bauhandwerkerpfandrecht, jedoch Verkäuferpfandrecht für Hauskäu- fer, in: BR 2015 S. 165, S. 167). Dass der Gesuchstellerin die von einem Subun- ternehmer erbrachten Leistungen als ihre eigenen anzurechnen wären, wie sie behauptet, ist damit unzutreffend. Vielmehr käme der Gesuchstellerin für die von den beiden Subunternehmern erbrachten Leistungen nur dann ein eigener An- spruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu, wenn sie selbst ge- genüber der Generalunternehmerin zur Erbringung dieser Leistungen verpflichtet gewesen wäre, mithin ein entsprechender (Werk-)Vertrag zustande gekommen wäre. Einzuschließen ist an dieser Stelle, dass die Pfandsumme der Unternehmer der oberen Stufe einer Vertragskette zu reduzieren ist, wenn die betreffende Bau- leistung durch ein Baupfandrecht zugunsten eines Unternehmers auf einer unte- ren Stufe einzutragen ist, bzw. der Besteller einen Subunternehmer tieferer Stufe – wie vorliegend – bereits bezahlt hat (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 947 f.); in demjenigen Umfang, in welchem der Gesuchsgegner die K._____ s.r.o. selbst be- friedigt hat, fällt eine Pfandberechtigung der Gesuchstellerin deshalb entgegen deren eigener Ansicht (vgl. act. 23 S. 15, Rz.4.3) von vornherein ausser Betracht. In Bezug auf die restlichen Leistungen der Subunternehmer ist sodann fest- zuhalten, dass die Gesuchstellerin nicht behauptet hat, sie habe sich gegenüber der Generalunternehmerin zur Lieferung der von den Subunternehmern erbrach- ten Leistungen verpflichtet. Vielmehr hat die Gesuchstellerin diesbezüglich vor Vorinstanz ausgeführt, auf Wunsch der Fensterlieferantin K._____ s.r.o. und ge- mäss Absprache der Parteien des Subunternehmervertrages sei ein Teil des Ma- terials für die Werkleistungen direkt an sie (die Gesuchstellerin) verkauft und ver- rechnet worden (act. 1 S. 3, Rz. 4). Sodann seien die Abbund-Arbeiten der J._____ GmbH ebenfalls in ihrem Auftrag und auf ihre Rechnung vorgenommen worden (act. 1 S. 4). Da jedoch die Beauftragung von und die

Rechnungsstellung an Subunternehmer keine eigene Leistung im Zusammenhang mit der Erstellung des geschuldeten Werkes beinhaltet, ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass ein mit den Leistungen der Subunternehmer in Zusammenhang

- 21 - stehender Anspruch der Gesuchstellerin auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts von vornherein zu verneinen ist. Nur der Vollständigkeit halber ist deshalb anzufügen, dass sich die Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang mit wesentlichen Elementen der vorinstanzlichen Begründung nicht auseinandersetzt. So hat die Vorinstanz ausgeführt, dass nicht die A. _____ Deutschland, sondern die Gesuchstellerin die beiden Subunternehmer beauftragt habe, lasse sich nur mit der fehlenden Abgrenzung zwischen den beiden Firmen erklären, weil einerseits die von den Subunternehmern erbrachten Leistungen nicht Gegenstand des Subunternehmervertrages vom 21. Mai 2016 gewesen seien, und andererseits die Auftragsbestätigung und Rechnungsstellung durch die Subunternehmer an die Gesuchstellerin grösstenteils bereits erfolgt seien, bevor der Subunternehmervertrag überhaupt geschlossen worden sei (vgl. vorstehend Ziff. III.4.2). Dass es entgegen der Vorinstanz eine vertragliche Grundlage und damit eine andere Erklärung als die fehlende Abgrenzung zwischen ihr und der Generalunternehmerin dafür gäbe, dass sie die beiden Subunternehmer vor Abschluss des Subunternehmervertrages beauftragt hatte, macht die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht geltend. Vielmehr beschränkt sie sich auf die Ausführung, für den Zweck des vorliegenden Verfahrens könne ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie bereits in einem früheren Zeitpunkt mit dem Montageauftrag habe rechnen können oder müssen oder dieser schon mündlich oder stillschweigend mehr oder weniger oder in allen Einzelheiten festgestanden habe oder die Parteien dies einfach noch nicht schriftlich festgehalten hätten (act. 23 S. 13, Rz. 3.8). Damit verkennt sie, dass sie als die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beantragende Partei das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB glaubhaft zu machen hat, wozu das vorstehend zitierte Vorbringen offensichtlich nicht genügt, ergibt sich daraus doch insbesondere keine konkrete Behauptung bezüglich des Zustandekommens eines die Leistungen der Subunternehmer umfassenden (Werk-) Vertrages zwischen ihr und der Generalunternehmerin. Dass der Vorinstanz in diesem Zusammenhang eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder eine unrichtige Rechtsanwendung vorzuwerfen wäre, wäre damit – käme es denn noch darauf an – nicht dargetan.

- 22 -

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 23, und an das Bezirksgericht Hinwil, ferner nach Ablauf von vierzig Tagen nach Versand, und sofern das Bundesgericht bis dann keine anders lautende Anordnung getroffen hat, an das Grundbuchamt C. _____, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 6

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in

Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 28'479.20. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II, Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw N. Seebacher versandt am: 18. April 2017

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.